

Controle judicial da discricionariedade* de banca examinadora de concurso público

João Batista Gomes Moreira**

1 Prova de conhecimentos

Nos tribunais chegam, cotidianamente, recursos contra sentenças baseadas na premissa de que ao juiz é vedado controlar a avaliação feita por banca examinadora de concurso porque não pode ingressar no campo da discricionariedade administrativa, sob pena de violar a independência das funções do Estado. Nessa visão tradicional, o ato administrativo (a aprovação ou reprovação de candidato em concurso público é ato administrativo) é visto sob dois aspectos – o mérito e a legalidade – para efeito de só permitir o controle judicial da legalidade. Esquece-se, todavia, de que, mesmo nessa concepção, aceita-se o controle da existência e adequação dos motivos em relação ao objeto (conteúdo) do ato, matéria que, para esse fim, por convenção, é transferida para o campo da legalidade.

Um ou outro juiz mais atualizado com a doutrina do Direito Administrativo segue concepção segundo a qual, independentemente de se tratar de legalidade ou mérito, os aspectos do ato administrativo, ainda que classificados como discricionários, estão sujeitos a controle com base nos princípios constitucionais,¹ respeitada, em favor da Administração, certa margem de apreciação, dentro de um leque de decisões plausíveis ou sustentáveis. Aplicada tal orientação ao controle de avaliação feita por banca examinadora de concurso, o juiz não irá avaliar se a banca fez o melhor uso de sua competência, ou seja, por exemplo, se elegeu como padrão a melhor resposta cabível para a questão, mas é-lhe dado ponderar se o ato está contido dentro de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se *erro* (não necessariamente grosseiro ou manifesto), como tal, sujeito a correção jurisdicional. A plausibilidade ou sustentabilidade, pela valoração que envolve, não evita zona de penumbra, fenômeno típico das instituições jurídicas. Na impossibilidade de saber se um ato comporta-se dentro de fronteiras aceitáveis, deve o juiz optar por sua confirmação.

Em artigo sobre “correção de prova de concurso público e controle jurisdicional”, Almiro do Couto e Silva argumenta ser equivocado afirmar que os limites à investigação judicial dos critérios de avaliação resultam de impossibilidade de imiscuir-se na discricionariedade (razões de conveniência e oportunidade) administrativa. Não haveria, no caso, verdadeira discricionariedade, mas situação idêntica à determinação de conceitos,² em que a possibilidade de controle judicial, com poucas exceções, é ilimitada ou total. Nas provas objetivas, pelo método de múltipla escolha, o candidato deve assinalar a resposta certa ou errada confrontando-a com o entendimento predominante nas ciências, na técnica ou nas artes, conforme a área em que tais provas se situam. O gabarito oficial deve indicar “como alternativa certa a que assim for considerada pelo estado atual das ciências, da técnica ou das artes. Se a resposta em conformidade com o gabarito oficial é considerada certa, a que a ele não se ajustar é tida como errada. É tudo ou nada; não há meio termo, pois não há qualquer espaço para avaliação das respostas por critérios subjetivos, não sendo também necessário comparar as provas entre si”. Já nas provas dissertativas dilata-se, substancialmente,

[...] a margem de subjetivismo da avaliação. Geralmente, nessa espécie de provas, a avaliação final leva em consideração as dissertações feitas pelos demais candidatos, identificando-se a melhor prova para, a partir daí, escalonarem-se as demais. Já se vê que, nesses casos, a substituição do juízo de quem conferiu graus à prova, pelo juízo de outra pessoa, pressuporia que esta última realizasse também a análise das provas prestadas pelos demais candidatos [...].

Além disso,

*O termo *discricionariedade* é utilizado aqui em sentido amplo. Envolve a determinação de conceitos, a discricionariedade propriamente dita e a discricionariedade técnica.

** Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹ Cf. FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

² A doutrina da “margem de apreciação”, de Otto Bachof, e a doutrina da “sustentabilidade”, de Carl Hermann Ule, relativamente à determinação de conceitos, repercutem na jurisprudência dos tribunais administrativos alemães quanto ao controle de “decisões sobre exames” (MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 56).

[...] existirá, necessariamente, na generalidade dos casos, um espaço, margem ou 'área de apreciação' de que goza a Administração Pública, área que, em princípio, não existe quando se trata de prova dita objetiva. O reconhecimento da existência de uma 'área de apreciação' quer significar que o controle jurisdicional, em tais situações, é *limitado*, o que vale dizer que o juiz não poderá substituir os critérios de correção adotados pela banca ou comissão examinadora pelos seus próprios critérios, desde que aqueles se mostrem razoáveis [...].³

Das ressalvas feitas deduz-se, *a contrario sensu*, que o eminente professor admite controle judicial até mesmo da correção de provas *subjetivas* para afastar impropriedades formais e falta de razoabilidade, desde que não dependa da comparação com as demais provas ou essa comparação seja realizada. Quanto a este ponto, deve-se observar, no entanto, que um erro de banca examinadora não se justifica só pelo fato de ter sido cometido em todas as provas. É comum a alegação de que, se o critério foi empregado na correção de todas as provas, não pode ser afastado, unicamente, em relação à prova daquele que ingressou em juízo, porque seria ferir o princípio da isonomia. Tal ideia necessita ser desmitificada. Não é porque alguns ou a quase totalidade de candidatos se conformem que um ou outro não possa reagir judicialmente contra erro cometido pela banca examinadora na formulação ou correção de sua prova. Semelhante alegação é a de que, se o candidato não impugnou as regras do edital, tido como "a lei do concurso", não pode, posteriormente, insurgir-se contra os critérios estabelecidos, uma vez que aplicáveis a todos os candidatos. Haveria, aí, preclusão. Acontece que, mesmo no processo eleitoral, campo propício, por natureza, à ocorrência de preclusão, esta não acontece quando se trata de matéria constitucional. Por outro lado, deve ser levado em conta que a impugnação ao edital é apta a gerar antipatia do candidato perante a banca, suscetível de influenciar negativamente em sua avaliação, especialmente quando o concurso inclui provas orais, o que torna inconveniente a impugnação quando nem sabe ainda se o critério lhe será favorável ou prejudicial.

Outro professor e magistrado, Luis Manuel Fonseca Pires, admite a possibilidade, em tese, de controle da avaliação de provas dissertativas, assim como de provas orais e entrevistas. O método de

avaliação — argumenta — não deve ser a comparação entre provas, que acaba se tornando uma desculpa da Administração para afastar o controle judicial. Além disso, é impossível esse cogitado critério de comparação entre centenas, às vezes milhares, de provas, não só ao Judiciário como à própria Administração. O método adequado é uma *matriz de avaliação*, na qual sejam "definidos os tópicos de abordagens e a importância de cada qual para a atribuição de notas". Conclui que não defende a possibilidade de o Judiciário transformar-se em instância revisora de provas de concursos públicos, mas, pelo menos, por meio de uma matriz de avaliação, a possibilidade de recomposição da ordem jurídica violada "em casos extremos, de manifesta perseguição, favoritismo e arbitrariedade".⁴

Ninguém duvida da grande dificuldade para o controle da correção de questões de concurso, especialmente quando se trata de disciplinas especializadas, distantes do Direito ou da Língua Portuguesa, mas isso não se confunde com impossibilidade jurídica. É impossibilidade ou dificuldade material, que, uma vez vencida mediante instrução probatória, cujo ônus é do candidato que ingresse com ação judicial, pode ser ultrapassada. A tese de impossibilidade jurídica está influenciada por essa dificuldade material para o controle aprofundado de matérias especializadas, além da quantidade de casos. Admitida amplamente tal espécie de controle, haverá possibilidade de controle até da correção de provas aplicadas pelas instituições de ensino, em todos os níveis. O risco de sobrecarga da Justiça recomenda critérios práticos destinados a filtrar o ingresso em massa na via judicial, mas não se deve partir logo para a afirmação de impossibilidade, que resulta em deixar a Administração totalmente livre e, logo, desprotegidos os direitos, nessa seara. Um desses filtros é a exigência do esgotamento das vias administrativas e a imposição de que as decisões dos recursos administrativos sejam devidamente motivadas. Neste particular, a correção das provas de conhecimento, para não sobrecarregar demasiadamente a banca examinadora, pode dispensar motivação específica, essa motivação sendo indispensável, entretanto, na decisão de recurso interposto contra o resultado inicial.

Não obstante esses argumentos, de acordo com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, o Poder Judiciário não analisa critérios de formulação e correção de provas em

³SILVA, Almiro do Couto e. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 16-25.

⁴PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 239-241.

concursos públicos, salvo nos casos de ilegalidade ou inobservância das regras do edital (RMS 41785/RS; AgRg no RMS 26608/ES; RMS 36596/RS; MS 19068/DF; AgRg nos EAREsp 130247/MS; RMS 35595/BA; AgRg no AREsp 23496/PR; AgRg no AREsp 187044/AL; AgRg no RMS 21654/ES; RMS 35152/SC; REsp 1350290/DF; RMS 38068/DF).

2 Exames físicos

O citado professor Luis Manuel noticia interessante opinião de César A. Guimarães Pereira, segundo o qual deve-se fazer distinção entre as fases de elaboração das questões (objeto de juízo discricionário) e de correção de provas de concurso público, esta alvo de apreciação técnica e, portanto, suscetível de revisão judicial.⁵ A distinção de etapas é útil ao reconhecimento de maior discricionariedade na primeira, mas não autoriza afirmar que a elaboração das questões não possa, excepcionalmente, ser objeto de contestação como, por exemplo, quando se distancie do programa do concurso ou seja incompatível com o nível ou as atribuições do cargo disputado.

A discussão tem especial pertinência com as provas de capacidade física. Nestas, as questões trazidas a juízo dizem respeito, na maioria dos casos, a exigências consideradas desproporcionais em função das atribuições do cargo. Não raras vezes candidatos a cargos da Polícia Civil contestam exigências relativas a esforço físico, salto à distância ou desempenho na natação (este, segundo alegações, superior ao que é requerido para ingresso na Marinha do Brasil). O caráter excessivo dessas exigências torna-se patente quando se verifica que, uma vez tendo ingressado na carreira, deixa de haver preocupação com a forma física, especialmente, do policial civil (diferente é a situação do policial militar, que, como se sabe, continua a ser submetido a treinamento físico).

Um dos casos mais significativos é a prova de barra fixa, modalidade dinâmica, para mulheres, cuja proporcionalidade é contestada em razão da peculiar constituição física do sexo feminino e das exigências da função policial nos dias de hoje, muito mais dependente da técnica que de força física. O tratamento indiscriminado das candidatas a cargos policiais não seria inconstitucional se justificado por inafastável necessidade para o exercício da função. O exercício de algumas atribuições exige especial porte e vigor físico (ex: segurança de dignitários; prisão, imobilização e

condução de pessoas; vistoria em veículos e navios; repressão do contrabando ou descaminho nos rios da Amazônia etc.), mas a maioria das atividades da polícia civil é burocrática ou de exame de documentos, coleta de informações, inquirições etc. (Pense-se no setor de expedição de passaportes e de controle, mediante vistos, do tráfego internacional de pessoas, ou numa tarefa de vigilância em que, aliás, é desejável que o policial seja o máximo possível de um tipo comum ao ambiente em que se desenvolve a investigação). A necessidade de atendimento àquelas atividades que exigem força pode ser suprida com a criação de equipes especiais, integradas por componentes escolhidos dentro do universo, especialmente masculino, de servidores. Nas atribuições, por exemplo, de um perito criminal, papiloscopista ou escrivão de polícia, cujas atribuições só muito raramente exigem especial força física, nem há tal necessidade.

O excesso de exigências, em termos de compleição física, para o exercício de cargo de policial civil é, senão efeito do paradigma masculino e patriarcal de nossa sociedade (em fase de transição para o paradigma da complementaridade. Sob o ponto de vista da complementaridade, não há desnível, mas diferença, entre os sexos. A maior força física do homem é compensada por atributos próprios da mulher, como a maior intuição, capacidade de observação e sensibilidade), reminiscência das administrações militares. Nas próprias Forças Armadas tais exigências merecem ser adaptadas à evolução tecnológica. Apesar de sempre considerada “legítima a exigência de sexo masculino (excluindo, portanto, as pessoas do sexo feminino) em certos setores das Forças Armadas”, a exceção “se torna a cada dia menos justificável, na medida em que a função militar progressivamente vai se vinculando ao manuseio de instrumentos de alta tecnologia, o que torna prescindível o elemento força, que era a justificativa para a exclusão das mulheres”.⁶

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exigência de teste de aptidão física é legítima quando prevista em lei, guarde relação de pertinência com as atividades a serem desenvolvidas, esteja pautada em critérios objetivos e seja passível de recurso (RMS 44406/MA; REsp 1351480/BA; AgRg no RMS 26379/SC; RMS 36120/RO; RMS 32851/BA; AgRg no RMS 27142/MS; RMS 39393/BA; RMS 36535/MS; RMS 34418/BA).

⁵ PIREs, Luis Manuel. Op. cit., p. 236.

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

3 Exame psicotécnico

De acordo com a Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”. Extrai-se dessa súmula que a lei pode instituir exame psicotécnico em concurso público. Entretanto, deve-se observar que a inclusão de tal exame depende da natureza do cargo e os itens de avaliação devem ser razoavelmente justificados pelas atribuições específicas a serem desempenhadas, sob pena de discriminação inconstitucional de candidatos. Aplica-se aqui a primorosa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello relativamente ao princípio da isonomia.⁷ Uma lei que crie, de forma injustificável, tal exigência ou decisões administrativas que, a título de executar a lei instituidora do psicotécnico, imponham exigências desproporcionais ou métodos inadequados podem ser afastadas judicialmente porque, conforme já assinalado, embora gozem de certa discricionariedade, não se furtam ao contraste com os princípios constitucionais. Lembre-se, a propósito, trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 194.657-1 (DJ 04/12/2001): “Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia”.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito” (AI 467616 AgR/MG, relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgamento em 23/03/2004).

A não recomendação (na verdade, reprovação) em exame psicotécnico, tal como tem sido decidida na maioria dos concursos públicos, padece de deficiência básica: a falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, a falta de motivação suficiente, pública e

convincente da inaptidão do candidato.⁸ De acordo com a Lei 9.784/1999, art. 50, deverão ser motivados todos os atos administrativos, entre outras hipóteses, que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública. A motivação dos atos administrativos é inerente à democracia. A democracia — leciona Celso Antônio Bandeira de Mello — já não é só um modo “de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder”, refletindo-se na exigência de motivação, indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa.⁹

Alega a Administração que abrir totalmente o método de realização do exame psicotécnico seria facilitar o treinamento inescrupuloso para realizá-lo e com isto frustrar sua eficácia em aplicações futuras. A preocupação, como se vê, é com a salvação do exame psicotécnico. É como se o fim — a seleção de candidatos com perfil pretensamente adequado ao exercício do cargo — justificasse o emprego desse meio, ainda que de forma atentatória a princípios constitucionais e a direitos fundamentais. Entre salvar o exame psicotécnico e salvar os direitos fundamentais, deve-se, obviamente, preferir a última alternativa.

A possibilidade de preparação para criar, artificialmente, um resultado positivo no exame psicotécnico, sem que por essa atitude o candidato esteja sujeito a qualquer sanção (haverá, quando muito, sanção ético-disciplinar para o psicólogo que ministre tal treinamento) já é um atentado à isonomia, na medida em que desiguala injustamente os concorrentes, em prejuízo, logo, dos mais honestos. A duvidosa eficiência dos testes e a possibilidade de treinamento revela-se nos casos, efetivamente acontecidos, de candidatos que são aprovados e depois reprovados, ou vice-versa, em sucessivos concursos para o mesmo cargo ou para cargos semelhantes.

Não convencem as alegações de discricionariedade técnica e de presunção de legitimidade do ato administrativo. Primeiro, a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸ No pensamento de Kant, “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas” (BOBBIO, Norberto, citado por MOTTA, Fabrício. *Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos*. In: *Direito Público: Estudos em homenagem ao Professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 328).

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 100.

administrativa.¹⁰ Aliás, de acordo com a doutrina italiana, a discricionariedade técnica é uma discricionariedade mais fraca. Segundo, à semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste para a lei restritiva de direito fundamental,¹¹ e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo quando classificado nesse mesmo campo. Ao contrário, o ato administrativo aí situado será, em princípio, suspeito de ilegitimidade, recomendando criterioso exame jurisdicional (*strict scrutiny*).

O exame psicotécnico utiliza o método de fragmentar a personalidade humana, reduzindo-a a caracteres que se pretendem positivos ou negativos. Num dos testes normalmente aplicado — o de Zulliger — busca-se dimensionar os caracteres controle emocional, flexibilidade, maturidade, resistência à frustração, meticulosidade, perspicácia, ansiedade, sociabilidade, impulsividade, agressividade, tendência depressiva, capacidade de análise e síntese, o resultado dependendo da combinação quantitativa (matemática) de traços classificados como indesejáveis, restritivos e prejudiciais. A fragmentação para efeito de análise é orientação típica do racionalismo cartesiano, que recomenda, para alcançar a verdade, a redução da realidade a seus mínimos elementos para efeito de medição matemática. Mas a fragmentação da realidade, especialmente cuidando-se do grande universo da personalidade humana, pode ser comparada à experiência de colocar uma onda de mar num recipiente, o que a torna instantaneamente sem vida e sem movimento.¹² O resultado do conjunto integrado num sistema é maior e diferente da simples soma das partes.

Ressalta Luis Recaséns Siches, tocando justamente na Psicologia, que para a Gestalt, ao contrário do associacionismo atomista, os fenômenos da consciência não representam a soma de componentes mentais singulares, mas uma totalidade unitária, indivisa (sistêmica), de sentido. A vivência do sentido total é algo mais e diferente da soma de seus componentes elementares. A constatação de que o todo é diferente da soma das partes encontra-se, já, nos ensinamentos de Lao-Tsé, Platão e Aristóteles. A conexão de sentido é objeto

de estudos específicos de Dilthey e Husserl.¹³ A Gestalt caracterizou-se “como um movimento de protesto contra a fragmentação e a alienação crescentes da natureza humana”. Seu postulado básico — “o todo é mais do que a soma das partes” — tornou-se a fórmula-chave dos pensadores sistêmicos.¹⁴ No mesmo sentido, é também notável a contribuição de Edgar Morin para a concepção sistêmica da realidade.¹⁵

Outro teste aplicado em concurso destina-se a medir os seguintes caracteres: a) ordem (“diz respeito à pessoa meticulosa, cautelosa, que aprecia a rotina”); b) conformidade (“capacidade de conformar-se e respeitar regras e normas sociais”); c) atividade (“ser ativo, despender energia nas atividades que realiza, procurando padrões de excelência nos resultados”); d) autoconfiança (“diz respeito a pessoa otimista, tranquila, confiante e de humor estável”); e) expansão (“refere-se a pessoas que interagem facilmente com outros, sentem-se à vontade com pessoas estranhas”); f) expansão exacerbada (“refere-se a pessoas que não se aprofundam em um relacionamento, não se focam em um objetivo”); g) enfrentamento (“diz respeito à capacidade de não se impressionar com cenas violentas, vulgares e hostis”); h) altruísmo (“característica de pessoas prestativas, generosas e simpáticas”); i) altruísmo exacerbado (“refere-se a pessoas que deixam de pensar em si mesmas devido à excessiva preocupação com os outros”); j) autenticidade (“refere-se à pessoa madura, sincera, capaz de expressar suas opiniões e sentimentos”); k) agressividade (“usar a força ou violência para se opor”) exacerbada; l) inibição (“refere-se à pessoa que sente embaraço diante de outras pessoas, com dificuldade de tomar iniciativa”) exacerbada. Em certa ocasião, um dos caracteres avaliados chamava especialmente a atenção: “masculinidade e feminilidade”.

São todos esses conceitos altamente indeterminados (alguns duplamente indeterminados, como expansão, altruísmo, inibição e agressividade exacerbados), insuscetíveis de determinação e medição matemática, válida para uma pessoa no decorrer de toda sua vida e em todas as circunstâncias. Não está justificado porque esses caracteres e não outros são os adequados, levando-se em conta a diversidade de

¹⁰ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

¹¹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

¹² A imagem nos é oferecida por BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

¹³ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, pp. 248 e 250.

¹⁴ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 42.

¹⁵ Cf. MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A Inteligência da Complexidade*. Trad. Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

atividades funcionais. Pelo menos dois daqueles caracteres mostram-se aparentemente contraditórios: capacidade para apreciar a rotina e atividade.

No MS 30822/DF, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/06/2012, ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que “é necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios”. A propósito, diz Marçal Justen Filho que, na questão do exame psicotécnico em concurso público, há dois problemas fundamentais, de difícil superação: “o primeiro reside em identificar, teoricamente, as características psicológicas incompatíveis com as competências do cargo considerado. E o segundo consiste na implantação de um sistema de avaliação dotado de um mínimo de objetividade”.¹⁶ Acrescentem-se os desvios subjetivos na interpretação do que seja realmente cada um daqueles traços, a respectiva importância (indesejável, restritivo ou prejudicial) e a quantidade ilimitada de tipos resultantes de sua combinação. Sem negar os méritos da Psicologia em inúmeras outras áreas e, reduzido a seus devidos limites, do próprio psicotécnico, não é exagero afirmar que a confiança na precisão dos resultados de um exame com as apontadas características constitui, por enquanto, ato de profissão de fé.

A eleição imotivada, e sem participação democrática, do perfil profissiográfico para determinado cargo, o sigilo do exame e a imprecisão dos conceitos empregados tornam, por outro lado, impossível o exercício do contraditório e ampla defesa. É comum a tentativa de suprir essa deficiência com a oportunidade de novo exame, acompanhado por psicólogo contratado pelo candidato. Essa repetição é, todavia, inútil, uma vez que destinada a avaliar o perfil do candidato em contraste com o mesmo modelo (tipo) preestabelecido unilateralmente pela Administração, além da utilização dos mesmos métodos anteriormente empregados. Pergunta o Ministro Ricardo Lewandowski: “[...] ausente os critérios objetivos para a avaliação psicotécnica, como seria possível a realização de um novo exame? Com a definição posterior desses requisitos a serem utilizados? Essa postura violaria ainda mais o princípio da impessoalidade a que está submetida a Administra-

ção Pública, pois seriam estipuladas novas regras de avaliação para candidatos já conhecidos” (2ª Turma do STF, voto no MS 30.822/DF, julgado em 05/06/2012).

Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, são inválidas disposições que resultam em afastar a objetividade dos concursos públicos, como tais consideradas as relativas aos exames psicotécnicos que se destinam “a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretensão ‘perfil profissiográfico’, decidido pelos promotores do certame como sendo o ‘adequado’ para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego”. Exames psicológicos — acrescenta — “só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental do candidato, ou, no máximo — e ainda assim, no caso de certos cargos ou empregos —, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções”.¹⁷

Além desses casos, o exame psicotécnico pode ser utilizado, sim, como instrumento válido de orientação (recomendação, como, aliás, é o termo utilizado) à administração de pessoal, para efeito de lotação de servidores em setores compatíveis com a aptidão de cada um, sintomaticamente demonstrada, e de acompanhamento do estágio probatório. Nas palavras, novamente, de Marçal Justen Filho, “o meio mais satisfatório para verificar objetivamente a adequação da conduta de um sujeito reside na experimentação prática e concreta. Logo, a solução mais razoável é submeter o sujeito aprovado no concurso a um processo de acompanhamento rigoroso, durante um período de experiência. Constatada a ausência de suficiente equilíbrio para o exercício da atividade, será o caso de impedir a efetivação. Lamentavelmente, a Administração Pública não cumpre seus encargos relativamente ao período de experiência, o que conduz à tentativa — muitas vezes puramente adivinhatória — de eliminar o candidato num teste psicotécnico”.¹⁸

Nos casos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a então Des. Federal Isabel Gallotti manifestava a seguinte opinião:

A Constituição prevê que a lei – e somente ela – possa estabelecer as condições para o exercício

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251. Cf. também, do mesmo autor, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 48-50.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., pp. 591-592.

de cargo público. A adequação a determinado ‘perfil profissional’ estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia. O candidato pode não ter a boa capacidade de concentração, mas ter excelente memória e raciocínio lógico, por exemplo. Alguma determinada característica de temperamento não possuída em grau satisfatório pode ser amplamente compensada por outras ostentadas pelo candidato.

A ilustre magistrada, hoje Ministra do Superior Tribunal de Justiça, aplicava aí os princípios da complementaridade e do pluralismo. À luz desses princípios, não seria ousadia afirmar que a exigência de perfil profissiográfico positivo (em vez da reprovação de desvios de personalidade “que prejudiquem o exercício do cargo”) é atentado ao direito à diferença, este que se afirma no pluralismo democrático, contra a ideologia (neoliberal) do pensamento único.

4 Investigação social

Em certos concursos públicos o candidato está, ainda, sujeito a avaliação de conduta na vida pública e privada, com a finalidade de verificar algum desvio que o incompatibilize com o exercício do cargo. A conduta do candidato é alvo da chamada “investigação social”, que consiste em verificar, por exemplo, se é dado ao vício da embriaguez, se tem maus antecedentes criminais (ex: se já foi condenado criminalmente ou responde a inquérito policial ou a processo penal), se paga regularmente dívidas legítimas etc. As situações devem ser avaliadas casuisticamente, à luz de provas e com atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Aqui, mais que em outras etapas do processo de concurso público, faz-se presente a necessidade de recorrer à teoria da determinação de conceitos, no caso, o conceito de “reputação ilibada”, “conduta irrepreensível” ou “moral inatacável”.

Não basta que o candidato esteja respondendo a inquérito policial para que seja excluído do certame, mas também não basta, para que nele prossiga, a presunção de inocência. Os fatos que motivaram o inquérito ou processo penal e as provas levantadas devem ser avaliados especificamente para determinar sua confirmação e se são suficientemente graves para impedir o ingresso no cargo pretendido. É uma tarefa deveras difícil para a Administração, que se vê às voltas para decidir se alguém que já fora condenado criminalmente, mas reabilitado, ostenta honorabilidade para o cargo. Já aconteceu caso emblemático de um

delegado de Polícia Federal condenado por tráfico de entorpecentes e demitido do cargo, tendo cumprido pena de reclusão, que, passado o prazo de reabilitação, fez novo concurso e foi aprovado para o mesmo cargo.¹⁹ Menos grave é a situação de quem, há quinze anos, foi preso em flagrante e denunciado por crime de porte de entorpecentes para uso próprio, resultando o respectivo processo em prescrição da pretensão punitiva.

Da jurisprudência, pode ser extraído julgado do Supremo Tribunal Federal (RE 125.556, RTJ 141/299) segundo o qual é ilegítima “a avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos”. Mais recentemente, em AgReg no RE 699.911/RJ, relatora Min. Cármen Lúcia — enfatizando-se que, de acordo com a jurisprudência da Corte, “a apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tipo por ilegal e abusivo não ofende o princípio da separação dos Poderes” —, foi confirmado acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que dera pela necessidade da “adoção de critérios razoáveis para a aferição das hipóteses que implicam a eliminação do candidato, de modo a não esbarrar na discriminação vedada ao ato administrativo. No caso dos autos, o candidato” possuía “contra si registro de ocorrência por conduzir veículo automotor sem habilitação, fato que se deu quando era menor de idade”. No Tribunal de origem, acrescentou-se que, “conquanto indiscutível a discricionariedade da Administração Pública em estabelecer os critérios referentes ao comportamento e à conduta social do candidato a policial militar, é imperioso que tais regras sejam pautadas pela razoabilidade e proporcionalidade que devem respaldar todo e qualquer ato administrativo”.

No Superior Tribunal de Justiça, já se afirmou que, “se é possível entender a moralidade administrativa como sendo ‘a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’, tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em

¹⁹ O Código Penal, no art. 93, parágrafo único, exclui dos efeitos da reabilitação “reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II” do art. 92. O art. 92, inciso I, traz como efeito da condenação “a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais” (RMS 33.183-RO, relator Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, unânime, julgado em 12/11/2013). Pelo que se extrai do parecer do Ministério Público, transcrito no voto do relator, “a exclusão do impetrante do curso de formação ocorreu (*sic*) do fato de registrar condenação, por posse ilegal de arma, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituída por duas restritivas de direito”. No voto do relator, foi dito que a razoabilidade deveria ser interpretada “*pro societis*, e não em função dos interesses particulares”.

Também no Superior Tribunal de Justiça, foi decidido que a transação penal “não pode servir de fundamento para a não recomendação de candidato em concurso público na fase de investigação social, uma vez que a transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não importa em condenação do autor do fato” (RMS 31410/RJ). Na mesma linha — e na esteira de diversos outros julgados —, decidiu-se que, “na fase de investigação social do concurso público, é inadmissível a eliminação de candidato em razão de processo criminal extinto pela prescrição” (REsp 1.302.206-MG). Todavia, o entendimento de que o candidato não pode ser eliminado de concurso público, na fase de investigação social, em virtude da existência de termo circunstanciado, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado ou extinta pela prescrição da pretensão punitiva, não se aplica aos cargos cujos ocupantes agem *stricto sensu* em nome do Estado, como o de delegado de polícia (RMS 43172/MT).

5 Deficiência

Resta falar algo sobre a reserva de vagas para portadores de deficiência, conforme prevê a Constituição, art. 37, VIII: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. A questão envolve, primeiramente, a determinação do conceito de deficiência para esse fim. A deficiência é situação intermediária entre a plena capacidade e a invalidez. O deficiente é subnormal. Não atinge o padrão de normalidade, mas, por outro lado, não chega a ser inválido. O inválido não tem condições de exercer o cargo ou emprego; se servidor fosse à época em que aconteceu o infortúnio, teria sido aposentado.

Essa tese começou a ser desenvolvida por este autor, nos idos de 2000, com o seguinte raciocínio

(voto como relator na AMS 1999.01.00.081789-1/DF, 1ª Turma do TRF 1ª Região, julgado em 02/06/2000):

O ato foi praticado com base em parecer da Junta Médica Nacional do Ministério da Fazenda, segundo o qual portadores de visão monocular não são deficientes para efeito de concorrência à reserva de vagas e porque, conforme manifestação da Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, deficiência visual é a perda ou redução de capacidade visual em ambos os olhos em caráter definitivo e que não possa ser melhorada ou corrigida com o uso de lentes e tratamento clínico ou cirúrgico.

O recorrente não tem, totalmente, a visão de um olho, tendo sido excluído da categoria de deficiente porque a visão do outro olho é perfeita.

Há que se estabelecer distinção entre a pessoa plenamente capaz, o deficiente e o inválido. O deficiente é o subnormal, o meio-termo. É a pessoa que, não sendo totalmente capaz, não é, todavia, inválida, porque se for inválida nem poderá concorrer a cargo público.

Se assim não for considerado, estará criada uma contradição: exige-se que o deficiente, para ingressar no serviço público, tenha condições mínimas de desempenhar as atribuições do cargo, mas, ao mesmo tempo, equipara-se a deficiência à invalidez.

O objetivo do benefício²⁰ de reserva de vaga é compensar as barreiras que tem o deficiente para disputar as oportunidades no mercado de trabalho. Não há dúvida de que uma pessoa que enxergue apenas de um olho tem dificuldades para estudar, barreiras psicológicas e restrições para o desempenho da maior parte das atividades laborais.

Destaco que não está sendo julgada a concessão de um benefício previdenciário, mas uma situação em que a pessoa irá prestar serviços à Administração em troca de vencimentos. O deferimento do pedido trará vantagens, ao contrário de prejuízo, à Administração, uma vez que estarão sendo recuperadas as despesas feitas com o apelante no curso de formação. Além disso, pelo que mostra a realização de sucessivos concursos para Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, há centenas de vagas para o cargo, de modo que é improvável a existência de prejuízo real até mesmo para os outros concorrentes ao cargo.

²⁰ Este autor não mais utiliza as expressões “benefício de reserva de vaga”, “benefício previdenciário”, “benefício da assistência judiciária” etc. mas, “direito a reserva de vaga”, “direito previdenciário” e “direito de assistência judiciária”, por ter passado a entender que, apesar de a segunda expressão ser empregada pela própria Constituição, são expressões discriminatórias.

A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica, entre outros, pelo acórdão no RMS 19.291-PA, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, unânime, julgado em 16/02/2006:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFICIENTE VISUAL. VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

I – A deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto n. 3298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular.

II – “A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício da reserva de vagas tem o objetivo de compensar”.

III – Recurso ordinário provido.

A reiteração de julgados no mesmo sentido levou à edição de súmula (377-STJ): “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”.²¹

Do Supremo Tribunal Federal merece transcrição ementa de acórdão no RMS 26.071-1/DF, relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 13/11/2007:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS Nºs 3.298/99 E 5.296/2004.

O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o “melhor”.

A visão univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.

A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

Recurso ordinário provido.

Outro ponto que envolve discricionariedade é a fixação do percentual de vagas para deficientes, que a

lei determina seja de até vinte por cento, e do critério de arredondamento quando o cálculo do percentual resulta em número fracionário. No Superior Tribunal de Justiça, entende-se que deverão ser reservadas, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público às pessoas com deficiência e, caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas, conforme art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298/1999, e art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 (AgRg no REsp 113761/RJ; RMS 38595/MG; MS 8482/DF).

6 Conclusão

Na notável conferência – *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*²² – proferida em 2 de março de 1962, na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, Eduardo García de Enterría reproduziu frase atribuída a Hans Huber, jurista suíço, segundo o qual o poder discricionário é o verdadeiro *cavalo de Troia* no seio do Direito Administrativo de um Estado de Direito. A discricionariedade administrativa teria sido o meio pelo qual, ardilosa e sub-repticiamente, o absolutismo penetrou o Estado liberal, transmitindo-se às formas de Estado que o sucederam, até os dias de então. A luta pelo controle da discricionariedade operou-se nas seguintes etapas: a) reconhecimento de que em todo ato discricionário há elementos regrados, suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade do ato administrativo entre os aspectos sindicáveis, graças à teoria do desvio de poder; c) admissão do controle dos motivos determinantes do ato administrativo; d) distinção entre discricionariedade e operação com o que os juristas alemães denominam *conceitos jurídicos indeterminados*.²³

A última e talvez mais importante construção, graças à constitucionalização do Direito Administrativo e a elevação dos princípios à categoria de normas, consiste na transformação da discricionariedade em vinculação da Administração, direta e imediatamente, aos princípios constitucionais. Enquanto a vinculação *stricto sensu* é vinculação a regras, na discricionariedade, a vinculação é aos princípios, ou seja, uma vinculação mais aberta, porque, conforme a conhecida lição de Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam

²¹ Atualmente, trava-se nos tribunais semelhante discussão quanto à surdez unilateral, prevalecendo, por ora, orientação contrária, do mesmo Superior Tribunal de Justiça, quanto à caracterização de deficiência para efeito de concurso público (REsp 1307814/AL; MS 18966/DF; REsp 1374669/RJ; AgRg no AREsp 340141/DF).

²² Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*. 3. ed. Madri: Civitas, 1995.

²³ ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. cit., pp. 30-33.

que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.²⁴

Apesar dessa evolução, a questão do controle judicial da avaliação feita por banca examinadora em

concurso público continua resistindo à luta contra as imunidades do poder. Se a discricionariedade foi o *cavalo de Troia* do absolutismo no Estado de Direito, a imunidade da avaliação feita por banca examinadora de concurso público constitui o *cavalo de Troia* da concepção tradicional (autoritária) de discricionariedade dentro da administração democrática, esta “vinculada à lei e ao Direito” (vinculação ao Direito entendida como vinculação direta e imediata, independentemente de intermediação legislativa, aos princípios constitucionais).

Daí, a importância de que se reveste o tratamento do tema para o aperfeiçoamento da democracia, por meio da função jurisdicional.

²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. A vinculação da administração aos princípios constitucionais é via de mão dupla: “serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 337).